

Fünfte Sektion

Zaunegger gegen Deutschland (Aktenzeichen 22028/04)

Urteil

Straßburg 3. Dezember 2009

Dieses Urteil wird rechtskräftig unter den Voraussetzungen des Art. 44 § 2 der Konvention. Redaktionelle Änderungen vorbehalten.

Im Fall Zaunegger gegen Deutschland verkündet die Kammer der Fünften Sektion des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in der Besetzung: Peer Lorenzen, Präsident, Karel Jungwiert, RAit Maruste, Mark Villiger, Isabelle-Berro-Levéfre, Mirjana Lazarova Trajkovska, Richter, Bertram Schmitt, ad hoc Richter, und Stephen Phillips, Stellvertretender Kanzler der Sektion nach nicht-öffentlicher Beratung am 20.10.2009 folgendes Urteil, das am zuvor genannten Datum gefasst wurde:

Zum Verfahren

1. Der Fall gründet sich auf einen Antrag (Nr. 22028/04) gegen die Bundesrepublik Deutschland, der gestützt auf Art. 34 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten („die Konvention“) von dem deutschen Staatsbürger Horst Zaunegger („der Antragsteller“) am 15.06.2004 eingereicht wurde.
2. Der Antragssteller wurde von Herrn F. Wieland, einem in Bonn geschäftsansässigen Rechtsanwalt vertreten und später von Herrn G. Rixe, einen in Bielefeld geschäftsansässigen Rechtsanwalt. Die deutsche Regierung („die Regierung“) wurde vertreten durch Frau A. Wittling- Vogel, Ministerialdirigentin im Bundesjustizministerium.
3. Der Antragsteller behauptete, dass die nationalen Gerichte sein Recht auf Achtung des Familienlebens verletzt und ihn als unverheirateten Vater (Anmerkung: in unzulässiger Weise) benachteiligt hätten.
4. Durch Entscheidung vom 1. April 2008 hat das Gericht die Beschwerde für zulässig erklärt.
5. Die Kammer hat nach vorheriger Anhörung der Parteien beschlossen, dass keine mündliche Verhandlung zur Begründetheit erforderlich war (Regel Nr. 59 § 3, am Ende, der Verfahrensregeln des EGMR). Die Parteien haben daraufhin wechselseitig schriftlich Stellung bezogen.
6. Richterin Jäger, die von Deutschland benannte Richterin, hat sich für befangen erklärt (Regel 28 der Verfahrensregeln des EGMR). Am 3. August 2009 hat die Regierung gemäß Regel 29 § 1 (a) der Verfahrensregeln des EGMR das Gericht informiert, dass es Herrn Bertram Schmitt als ad hoc Richter an ihrer Stelle ernannt habe.

Zum Sachverhalt

I. Der Sachverhalt des vorliegenden Falls

7. Der Antragsteller wurde 1964 geboren und lebt in Pulheim.

8. Der Antragsteller ist der Vater einer 1995 nicht-ehelich geborenen Tochter. Der Antragsteller und die Mutter des Kindes trennten sich 1998. Ihre Beziehung hatte fünf Jahre gedauert. Bis Januar 2001 lebte die Tochter beim Antragsteller, während die Mutter in eine andere Wohnung gezogen war im selben Gebäude. Da die Eltern keine gemeinsame Sorgerechtsklärung abgaben, erhielt die Mutter die alleinige Personensorge gemäß § 1626a des Deutschen Zivilgesetzbuch (Bürgerliches Gesetzbuch, siehe auch unten: Rechtslage und Rechtsanwendung).
9. Im Januar 2001 zog das Kind in die Wohnung der Mutter. In der Folge begannen die Eltern über den Umgang des Antragstellers mit dem Kind zu streiten. Im Juni 2001 schlossen sie mit Hilfe des Jugendamts Köln-Nippes eine Vereinbarung, nach der der Antragsteller jeden Mittwoch Nachmittag bis Donnerstagmorgen, jeden Sonntag von 10 Uhr morgens bis Montagmorgen und die Hälfte aller Ferien Umgang mit dem Kind haben sollte, insgesamt rund 4 Monate pro Jahr. Im Jahr 2001 beantragte der Antragsteller die gemeinsame Sorge da die Mutter nicht Willens war einer gemeinsamen Sorgerechtsklärung zuzustimmen, obwohl die beiden Eltern im Übrigen kooperativ waren und gut miteinander auskamen.
10. Am 18. Juni 2003 wies das Amtsgericht Köln den Antrag des Antragstellers zurück. Es urteilte, dass es keine (Rechts-) Grundlage für die Anordnung der gemeinsamen Sorge gebe. Nach deutschem Recht könnten Eltern die gemeinsame Sorge für nicht-ehelich geborene Kinder nur im Wege einer gemeinsamen Erklärung, durch Heirat oder durch einen Gerichtsbeschluss nach § 1672 Abs. 1 BGB erhalten. Das Amtsgericht Köln hielt § 1626a BGB für verfassungsgemäß und bezog sich dabei auf eine Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Januar 2003 (siehe unten § 18 – 21). In Anbetracht der Tatsache, dass die einschlägigen Rechtsvorschriften keine andere Entscheidung zuließen, sah das Amtsgericht von der persönlichen Anhörung der betroffenen Parteien ab.
11. Der Antragsteller legte hiergegen Rechtsmittel ein, das am 2. Oktober 2003 vom Oberlandesgericht Köln verworfen wurde. In der Begründung führte es an, dass die Mitwirkung des Antragstellers an der Sorge nur nach Maßgabe des § 1626a BGB möglich sei, da der Antragsteller und die Mutter des Kindes unverheiratet seien. Der Antragsteller und die Mutter hätten jedoch nicht die erforderliche gemeinsame Erklärung abgegeben. In seinem Urteil vom 29. Januar 2003 habe das Bundesverfassungsgericht § 1626a BGB für verfassungsgemäß angesehen im Hinblick auf die Situation von Eltern nicht-ehelich geborener Kinder, die sich nach dem 1. Juli 1998 getrennt hatten. Das Oberlandesgericht Köln stellte fest, dass der Antragsteller und die Kindsmutter sich im August 1998 getrennt hätten. Sie hätten also einen Zeitraum von eineinhalb Monaten gehabt vor der Trennung für die gemeinsame Erklärung. Das Oberlandesgericht führte des Weiteren an, dass das neue Recht, das am 1.7.1998 in Kraft getreten war, während einer beträchtlichen Zeit öffentliche Aufmerksamkeit erhalten hatte. Von unverheirateten Paaren hätte man ggf. erwarten können, dass sie an der Angelegenheit Interesse zeigen und auf die neue Gesetzeslage aufmerksam werden.
12. Am 15. Dezember 2003 nahm das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf seine einschlägigen Verfahrensregelungen die Verfassungsbeschwerde des Antragstellers nicht an, ohne weiter Gründe zu nennen.

II. Rechtslage und Rechtspraxis in Deutschland und anderen Staaten

A. Einschlägiges nationales Recht

1. Einschlägige Vorschriften des deutschen BGB

13. Die gesetzlichen Regelungen über Sorgerecht und Umgang finden sich im deutschen Zivilgesetzbuch („BGB“). § 1626 Abs. 1 BGB regelt, dass Vater und Mutter das Recht haben und die Pflicht die elterliche Sorge auszuüben für ein minderjähriges Kind.
14. Was nicht-ehelich geborene Kinder betrifft, erhielt nach dem früheren § 1705 BGB automatisch die Mutter das Sorgerecht. Diese Vorschrift wurde vom BVerfG 1996 für verfassungswidrig erklärt. Am 1.7.1998 trat das geänderte Gesetz über familienrechtliche Angelegenheiten vom 16.12.1997 in Kraft (Reform des Kindschaftsrecht, Bundesanzeiger 1997, 2942) um das Urteil des BVerfG aus 1996 umzusetzen. Die einschlägigen Vorschriften des BGB wurden wie folgt geändert: nach § 1626a BGB können die Eltern eines nicht-ehelich geborenen Kindes die gemeinsame Sorge ausüben, wenn sie eine entsprechende Erklärung (gemeinsame Sorgerechtserklärung) abgeben oder wenn sie heiraten. Anderenfalls regelt § 1626a BGB, dass die Mutter das Alleinsorgerecht erhält.
15. Wenn Eltern nicht nur vorübergehend getrennt leben und wenn die Mutter die Alleinsorge hat gemäß § 1626a BGB, kann das Familiengericht gemäß § 1672 Abs. 1 BGB die Alleinsorge auf den anderen Elternteil übertragen, wenn ein Elternteil dies mit der Zustimmung des anderen Elternteil beantragt. Dem Antrag muss stattgegeben werden, wenn diese Übertragung dem Wohl des Kindes dient. § 1672 Abs. 2 BGB regelt, dass im Fall einer Übertragung der Sorge nach § 1672 Abs. 1 BGB das Familiengericht anschließend die gemeinsame Sorge anordnen kann auf Antrag eines Elternteils, mit Zustimmung des anderen Elternteils, es sei denn dies wäre nachteilig für das Kind. Dasselbe gilt, wenn die Übertragung der Sorge nach § 1672 Abs. 1 BGB später aufgehoben wird. Im Gegensatz hierzu behalten Eltern die gemeinsame Sorge nach der Trennung, wenn sie vor der Trennung die gemeinsame Sorge haben, entweder weil das Kind ehelich geboren wurde, die Eltern nach der Geburt des Kindes geheiratet haben, oder sie eine gemeinsame Sorgerechtserklärung abgegeben haben, es sei denn das Gericht gewährt die Alleinsorge auf Antrag eines Elternteils diesem Elternteil in Übereinstimmung mit dem Kindeswohl gemäß § 1671 Abs. 1 BGB.
16. Gemäß § 1666 BGB kann das Familiengericht die notwendigen Schutzmaßnahmen anordnen, wenn das physische, psychische oder geistige Wohl des Kindes durch eine Sorgfaltspflichtverletzung bedroht ist, und die Eltern nicht willens sind die Maßnahmen selbst zu ergreifen. Maßnahmen die in der Trennung des Kindes von einem Elternteil resultieren sind nur zulässig, wenn das Kind sonst in Gefahr wäre (§ 1666a BGB).

2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

17. Am 29.1.2003 urteilte das Bundesverfassungsgericht, dass § 1626a BGB nicht verfassungsgemäß sei, weil es an einer Übergangsfrist fehle für unverheiratete Paare mit Kindern, die 1996 schon zusammenlebten aber sich vor dem Inkrafttreten des geänderten Gesetz über familienrechtliche Angelegenheiten am 1.7.1998 (das heißt für diejenigen, denen es nicht möglich war eine gemeinschaftliche Sorgerechtsentscheidung vor dem 1.7.98 abzugeben). Um die oben erwähnte verfassungsmäßigen Mängel zu lösen, fügte der deutsche Gesetzgeber am 31.12.2003 § 224 Abs. 2a des Einführungsgesetz zum BGB ein, nach dem ein Gericht die Einwilligung der Mutter in die gemeinsame Sorge ersetzen kann, wenn ein Paar ein nicht-eheliches Kind bekommt, mit ihm zusammengelebt hat und sich vor dem 1.7.1998 getrennt hat, sofern die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht.
18. In seinem Urteil vom 29.1.2003 entschied das BVerfG auch, dass § 1626a Abs. 2 BGB abgesehen von der fehlenden Übergangsfrist das Recht auf Achtung

des Familienlebens nicht verletze von Vätern, deren Kinder nicht-ehelich geboren wurden. Verheiratete Eltern hätten sich bei der Heirat verpflichtet füreinander und für ihre Kinder Verantwortung zu übernehmen. Im Gegensatz hierzu konnte der Gesetzgeber nicht annehmen, dass Eltern deren Kinder nicht-ehelich geboren werden, zusammen lebten oder Verantwortung für einander übernehmen wollten. Es gebe keine ausreichenden Beweise dafür, dass Väter von nicht-ehelichen Kindern im Regelfall bereit seien gemeinsame Verantwortung zu übernehmen. Das Wohlergehen des Kindes verlange daher, dass das Kind bei Geburt eine Person habe, die rechtlich bindend für es agieren könne. Im Hinblick auf die sehr unterschiedlichen Lebensumstände in die diese Kinder hineingeboren würden, sei es im Allgemeinen zu rechtfertigen, der Mutter die Alleinsorge zu übertragen und nicht dem Vater oder beiden Elternteilen. Dieser Gesetzgebung könne in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht widersprochen werden, weil der Gesetzgeber beiden Eltern von nicht-ehelichen Kindern die Möglichkeit eingeräumt habe, das Sorgerecht durch eine gemeinsame Erklärung zu erhalten.

19. Das Bundesverfassungsgericht fand, dass der Gesetzgeber zulässigerweise annehmen durfte, dass die gemeinsame Sorge die gegen den Willen eines Elternteils ausgeübt werde, mehr Nachteile als Vorteile mit sich bringen würde für ein nicht-ehelich geborenes Kind. Gemeinsames Sorgerecht erfordere ein Minimum an Übereinstimmung zwischen den Eltern. Wenn die Eltern nicht in der Lage oder nicht Willens seien zu kooperieren, könnte die gemeinsame Sorge gegen das Wohlergehen des Kindes verstoßen. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass der Wille die gemeinsame Sorge auszuüben, den Paare explizit bei der Heirat ausdrücken, ihren Willen zur Kooperation zeige. Unverheiratete Paare könnten diesen Willen zur Kooperation durch eine gemeinsame Sorgeerklärung ausdrücken. Das Sorgerecht des Vaters hänge tatsächlich von der Bereitschaft der Mutter ab, die gemeinsame Sorge auszuüben, aber die Mutter könne umgekehrt die gemeinsame Sorge nicht verlangen ohne den Willen des Vaters. Die Eltern könnten daher die gemeinsame Sorge nur ausüben, wenn beide es wollten. Diese Beschränkung der Rechte des Vaters auf Achtung seines Familienlebens sei nicht ungerechtfertigt, weil das gemeinsame Sorgerecht, das ein verheiratetes Paar ausübte, auf ihrer Heirat beruhe. Das anwendbare Recht gebe unverheirateten Paaren die Möglichkeit die gemeinsame Sorge auszuüben, besonders wenn sie mit dem Kind zusammen lebten und nicht (nur) nachdem das Paar sich getrennt habe. Der Gesetzgeber konnte zulässigerweise annehmen, dass, wenn ein Paar zusammen lebte, aber die Mutter die Zustimmung zur gemeinsamen Sorge verweigere, der Fall eine Ausnahme darstelle und dass die Mutter ernste Gründe für ihre Weigerung habe, die auf dem Wohl des Kindes basierten. Unter dieser Annahme verletze das Gesetz den Vater nicht in seinem Recht auf Achtung seines Familienlebens indem es keine Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung vorsehe. Im Fall solch ernster Gründe könne man nicht erwarten, dass die Gerichte die gemeinsame Sorge als dem Kindeswohl entsprechend betrachten würden.
20. Angesichts der Tatsache, dass die Gesetzesvorschriften erst vor kurzer Zeit erlassen worden seien, sei es nicht möglich gewesen zu bestimmen, ob es eine wesentliche Zahl von ähnlichen Fällen gebe, in denen die gemeinsame Sorge im Streit stehe oder, was ganz wesentlich sei für die Schlussfolgerung, warum dies der Fall sei.
21. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass der Gesetzgeber verpflichtet sei die Entwicklungen zu beobachten und zu untersuchen, ob die Annahmen, die er gemacht hatte beim Erlass der betreffenden Vorschriften aufrechterhalten

werden könnten angesichts der Realität. Falls dies nicht zutreffen sollte, sei der Gesetzgeber verpflichtet die Gesetzgebung zu ändern, und Vätern mit einer adäquaten Möglichkeit zu versehen das Sorgerecht zu erhalten.

B. Einschlägiges Recht in anderen Staaten (Rechtsvergleichung)

22. Eine Rechtsvergleichende Studie über das Recht in einer Auswahl von Mitgliedsstaaten des Europarats zeigt, dass im Prinzip alle Staaten der Studie die gemeinsame Sorge von unverheirateten Eltern für ihre nicht-ehelichen Kinder vorsehen. Die Hauptelemente, an die gemeinsame Sorge für unverheiratete Paare angeknüpft wird sind die sichere Feststellung der Elternschaft und die Vereinbarung der Eltern die Sorge gemeinsam auszuüben.
23. Die Lösungen in den Mitgliedsstaaten unterscheiden sich jedoch was die Zuerkennung der gemeinsamen Sorge angeht für nicht-eheliche Kinder, wenn in dieser Hinsicht keine Übereinkunft zwischen den Eltern erreicht werden kann.
24. Nur in einer begrenzten Zahl gibt es eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dieses Themas. In manchen Ländern wie z.B. Österreich, Norwegen und Serbien regelt das nationale Recht, dass die gemeinsame Sorge für unverheiratete Paare die Zustimmung beider Elternteile voraussetzt und gibt so der nicht zustimmenden Partei ein Vetorecht. Im Gegensatz hierzu scheinen die Gesetze in Ungarn, Irland und Monaco eine gemeinsame Sorge sogar ohne die Zustimmung der Eltern vorzusehen.
25. In manchen Mitgliedsstaaten wie der Tschechischen Republik und Luxemburg ist das Gesetz nicht eindeutig in diesem Punkt; die nationalen Gerichte haben jedoch die anwendbaren Rechtsvorschriften so interpretiert, dass sie die gemeinsame Sorge nur mit der Zustimmung der Eltern erlauben, wohingegen z.B. der Niederländische Höchste Gerichtshof geurteilt hat, dass das nationale Recht so interpretiert werden muss, dass es dem Vater eines nicht-ehelich geborenen Kindes erlaubt die gemeinsame Sorge mit der Mutter zu erhalten, auch wenn die letztere dem nicht zustimmt. Ein ähnlicher Ansatz scheint in Spanien verfolgt zu werden.
26. Mit Ausnahme von ein paar Ländern, wo das Vetorecht eines Elternteils explizit im nationalen Recht erwähnt ist, ist die am weitesten verbreitete Lösung in den nationalen Gesetzen, dass ein Gericht auf Antrag eines Elternteils über das Ergebnis des Streits entscheidet unter Berücksichtigung des Kindeswohls. Alle Mitgliedsstaaten betonen die Wichtigkeit des Kindeswohls für Entscheidungen die die Einräumung der Sorge betreffen. Um das Kindeswohl in diesem Zusammenhang zu bestimmen, berücksichtigen die Gerichte üblicherweise die Standpunkte der Eltern und des Kindes und die besonderen Umstände des Einzelfalls, wie unter anderem das nachweisbare Interesse an und die Verantwortungsbereitschaft gegenüber dem Kind durch den entsprechenden Elternteil.
27. Zusammenfassend bestätigt die Studie, wie von der Regierung bestätigt, dass es unterschiedliche Lösungsansätze gibt in den Mitgliedsstaaten, dass jedoch die Mehrheit eine elterliche Teilhabe an der Sorge vorsieht, wenn die Eltern nicht verheiratet sind, entweder ohne Rücksicht auf den Willen der Mutter oder zumindest im Wege einer gerichtlichen Entscheidung, die das Kindeswohl berücksichtigt.

Zur Begründetheit

I. Behaupteter Verstoß gegen Artikel 14 der Konvention in Verbindung mit Artikel 8

28. Der Antragsteller rügt einen Verstoß von Artikel 8 der Konvention in dem die Gerichtsentscheidungen, mit denen das gemeinsame Sorgerecht abgelehnt

wurde, sein Recht auf Achtung seines Familienlebens verletzen, und von Artikel 14 in Verbindung mit Art. 8 der Konvention, indem die Anwendung des § 1626a Abs. 2 BGB zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von unverheirateten Vätern aus Gründen des Geschlechts und gegenüber verheirateten Vätern führe.

Artikel 8 lautet: Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens*

1. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.
2. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Artikel 14 lautet: Diskriminierungsverbot

Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

1. Die Ausführungen der Regierung

29. Die Regierung erklärte, dass § 1626a Abs. 2 BGB auf den Unterschieden beruhe, die in den entsprechenden Lebenswelten bestünden, in die nicht-eheliche Kinder geboren würden. Diese reichten von intensiven Vater-Kind Beziehungen bis hin zu solchen wo der Vater sich nicht (um das Kind) kümmert. Mit der primären Zuordnung der Sorge an die Mutter, deren Identität – im Gegensatz zu der des Vaters – bei Geburt feststehe, werde die Absicht verfolgt das Sorgerecht klar zuzuordnen aus Gründen der Rechtssicherheit, so dass von Anfang an eine verbindliche Festlegung des gesetzlichen Vertreters gebe zum Schutz des betroffenen Kindes. Das Zustimmungserfordernis das für beide Eltern für die gemeinsame Ausübung der Sorge gelte, basiere auf der Vorstellung, dass Eltern, die sich nicht darauf einigen können eine gemeinsame Sorgerechtsklärung abzugeben, sehr wahrscheinlich in Streit geraten würden bei konkreten Fragen betreffend die Ausübung der elterlichen Sorge, was schwerwiegende Streits auslösen könnte, die dem Kindeswohl widersprächen.
30. Die Regierung unterstrich des Weiteren, dass das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber verpflichtet habe die Entwicklung zu beobachten und zu untersuchen, ob seine Annahmen bei Erlass des betroffenen Gesetzes aufrecht erhalten werden könnten gegenüber der Realität. Um dieser Verpflichtung nachzukommen habe die Regierung verschiedene Maßnahmen ergriffen wie z.B. statistisches Material zu sammeln und Studien durchzuführen. Ein Forschungsprojekt betreffend das gemeinsame Sorgerecht bei unverheirateten Paaren sei im März 2009 gestartet worden. Jedoch habe die Studie noch keine klaren Ergebnisse erbracht.
31. Nach Ansicht der Regierung sei der Eingriff in die mutmaßlichen Rechte des Vaters durch die gesetzliche Regelung, mit der die gemeinsame Sorge von der Zustimmung der Mutter abhängig gemacht werde, notwendig in einer

demokratischen Gesellschaft wegen des zulässigen Ziels, das Kindeswohl zu schützen, auch wenn es darüber keinen europäischen Konsens gebe. Obwohl es zutrefte, dass die Mehrheit der Mitgliedsstaaten eine Mitwirkung der Eltern beim Sorgerecht vorsehe, wenn die Eltern nicht verheiratet sind, entweder unabhängig vom Willen der Mutter oder zumindest aufgrund eines Gerichtsbeschlusses, der sich am Kindeswohl orientiert, hätten anderen europäische Staaten ähnliche Regeln in Kraft wie Deutschland (z.B. Österreich, Lichtenstein, Schweiz und Dänemark). Da das Gericht nicht die abstrakte gesetzliche Regelung untersuche, sondern eher die Art in welcher die Gesetze im konkreten Fall angewendet wurden, müsse die Einigung der Eltern unter Zuhilfenahme des Jugendamts berücksichtigt werden, die dem Antragsteller Umgang mit dem Kind gab für rund 4 Monate jedes Jahr. Der Antragsteller habe daher die Möglichkeit gehabt eine große Rolle im Leben seiner Tochter zu spielen. Er sei weder unzulässigerweise benachteiligt worden durch die Gerichtsentscheidung zu Gunsten der Mutter noch stelle die Gerichtsentscheidung eine Ungleichbehandlung gegenüber verheirateten oder geschiedenen Vätern dar. Die Situation der Mutter und des Vaters sei nicht völlig vergleichbar, weil die Vaterschaft nicht von Anfang an feststehe, wenn die Eltern nicht verheiratet seien. Die Vorschriften des BGB versuchten, soweit wie möglich die Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen und seien daher nicht geschlechtsspezifisch; ihre Intention sei vielmehr die elterliche Sorge in einer ausgeglichenen Weise zu regeln in den Fällen von Kindern, die nicht-ehelich geboren werden. Des Weiteren sehe das Gesetz vor, dass die gemeinsame Sorge mit der Mutter von ihrer Zustimmung abhängen, egal ob die Eltern verheiratet seien oder nicht. Die Regierung behauptete schließlich, dass unter den Umständen des vorliegenden Falls nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Anordnung der gemeinsamen Sorge Konflikte zwischen den Eltern hervorrufen und daher gegen das Kindeswohl verstoßen würde.

2. Die Ausführungen des Antragstellers

32. Der Antragsteller behauptete, dass das Interesse eines nicht-ehelich geborenen Kindes nicht rechtfertige, dass ein Vater, der sich in der Vergangenheit um das Kind gekümmert habe, das gemeinsame Sorgerecht nicht erhalten könne. Dass ein Gemeinsames Sorgerecht gegen den Willen der Mutter gegen das Kindeswohl verstoße, sei reine Spekulation. Nach geltendem Recht hätten die Gerichte und Behörden das Kindeswohl nicht einmal zu berücksichtigen angesichts der Tatsache, dass das Gesetz ausdrücklich regle, dass ein Vater die gemeinsame Sorge ohne die Zustimmung der Mutter nicht erhalten könne. Außerdem sei das Kind nicht angehört worden im vorliegenden Fall. § 1626a Abs. 2 BGB basiere auf der Annahme, dass Väter von nicht-ehelich geborenen Kindern weniger geeignet seien die Sorge auszuüben verglichen mit Müttern von nicht-ehelichen Kindern. Der vorliegende Antrag beweise jedoch das Gegenteil, weil die Sorge des Antragstellers für das Kind exzellent gewesen sei. Des Weiteren habe die Bundesrepublik Deutschland im vorliegenden Fall keine ausreichenden Gründe genannt, um das Sorgerecht des Antragstellers auszuschließen, das er ausüben wolle. Der deutsche Gesetzgeber habe angenommen, dass das Sorgerecht eines Vaters nicht gerechtfertigt sei angesichts der angeblich zahlreichen instabilen Beziehungen mit nicht-ehelich geborenen Kindern in der Gesellschaft, womit er Entwicklungen wie die wachsende Zahl von nicht verheirateten Paaren ignoriere, die die Sorge gemeinsam ausüben wollen. Es sei daher inakzeptabel die gemeinsame Sorge generell auszuschließen für Kinder von nicht-ehelich geborenen Kindern nur wegen negativer Erfahrungen mit der Ausübung der gemeinsamen Sorge durch Paare in instabilen Beziehungen. Des Weiteren, habe der Gesetzgeber es

versäumt seiner Pflicht nachzukommen, die aktuellen und jüngsten Entwicklungen zu beobachten.

33. Da die Vaterschaft des Antragstellers von Anfang an bestätigt war, habe es keine Rechtsunsicherheit gegeben im vorliegenden Fall. Des Weiteren betrachte es der Antragsteller als inakzeptabel anzunehmen, dass die Mutter eines nicht-ehelich geborenen Kindes a priori besser geeignet sei als der Vater um die Sorge auszuüben, nur weil sie das Kind auf die Welt gebracht habe. Der Mangel der aktuellen nationalen Gesetzgebung liege jedoch nicht so sehr darin, dass die Mutter von Anfang an das Recht zur Alleinsorge erhalte, sondern dass der Vater keine Gelegenheit bekomme, diese Entscheidung zu abzuändern. Selbst wenn die Entscheidung einer Mutter, die gemeinsame Sorge abzulehnen, vollständig willkürlich sei, habe der Vater keine Möglichkeit diese Erklärung durch einen Gerichtsbeschluss gemäß § 1672 Abs. 1 BGB ersetzen zu lassen. Die Rechtslage verletzte insbesondere das Recht des Vaters auf Achtung seines Familienlebens, wo der Vater in erheblichem Umfang Umgang mit dem Kind gehabt habe und ihm eng zugetan sei. Soweit es Art. 14 angeht behauptete der Antragsteller, dass das anwendbare Recht ihn auf der Grundlage seines Geschlechts benachteilige und als unverheirateten Vater, ohne dass es hierfür ausreichende Gründe gebe. Das Kindeswohl erlaube der Mutter nicht, eine Erklärung über die gemeinsame Sorge abzulehnen. Des Weiteren habe der Antragsteller keine Gelegenheit die Ablehnung durch eine Gerichtsentscheidung ersetzen zu lassen.

3. Prüfungsreihenfolge

34. Angesichts der behaupteten Benachteiligung des Antragsstellers in seiner Eigenschaft als Vater eines nicht-ehelich geborenen Kindes, hält es das Gericht für angemessen den Fall zunächst unter dem Gesichtspunkt des Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 der Konvention zu untersuchen.

A. Anwendbarkeit

35. Das Gericht weist erneut darauf hin, dass Art. 14 die anderen materiellen Vorschriften der Konvention und ihren Zusatzprotokolle nur ergänzt. Er stellt kein eigenständiges (unabhängiges) Recht dar, weil er nur (Aus)Wirkungen zeitigt in Bezug auf „den Genuss der Rechte und Freiheiten“ die durch die anderen Vorschriften geschützt werden. Obwohl die Anwendung von Art. 14 keine Verletzung der anderen Vorschriften voraussetzt – und insoweit sehr wohl eigenständigen Charakter hat - gibt es keinen Raum für seine Anwendung, es sei denn der zur Beurteilung anstehende Sachverhalt fällt in den Anwendungsbereich einer oder mehrerer dieser Vorschriften (siehe unter anderem Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen United Kingdom, Urteil vom 28.5.1985, Serie A no. 94, § 71, und Karlheinz Schmidt gegen Deutschland, Urteil vom 18.7.1994, Serie A) no 291 – B, § 22).
36. Das Gericht muss daher feststellen ob Artikel 8 der Konvention anwendbar ist im vorliegenden Fall.
37. In diesem Zusammenhang wiederholt das Gericht seine Auffassung, dass der Begriff der Familie in dieser Vorschrift nicht begrenzt ist auf Beziehungen, die auf Heirat beruhen und dass er andere de facto Familienbeziehungen umfassen kann, wo die Mitglieder zusammen leben ohne zu heiraten. Ein Kind, das in einer solchen Beziehung geboren wird, ist ohne weiteres Teil dieser „familiären“ Einheit von dem Moment (Anmerkung: der Geburt) an und aus dem einfachen Grund seiner Geburt. Demzufolge besteht zwischen diesem Kind und seinen Eltern eine Beziehung, die Familienleben darstellt (siehe Keegan gegen Irland, Urteil vom 26.5.1994, Serie A, no 290, § 44). Das Vorliegen oder Nichtvorliegen von „Familienleben“ im Sinne des Art. 8 ist im Wesentlichen eine

- Tatsachenfrage, die vom wirklichen Vorhandensein von engen persönlichen Bindungen in der Realität abhängt, insbesondere von einem nachweisbaren Interesse an und einer Verantwortung des Vaters für das Kind vor und nach seiner Geburt (siehe auch die ständige Rechtsprechung des Gerichts z.B. Lebbink gegen Niederlande, NO. 45582/99, § 36, ECHR 2004 – IV).
38. Das Gericht weist des Weiteren darauf hin, dass der gegenseitige Genuss des Zusammenseins eines Vaters und eines Kindes ein fundamentales Element des Familienlebens darstellt, selbst wenn die Beziehung zwischen den Eltern zerbrochen ist. Nationale Maßnahmen, die diesen Genuss beeinträchtigen, stellen eine Beeinträchtigung des Rechts dar, das Art. 8 schützt (dazu, unter anderem Johansen gegen Norwegen, Urteil vom 7.8.1996, Bericht der Urteile und Entscheidungen, 1996 – III, pp. 1001 – 1002, § 52 und Elsholz gegen Deutschland [GC], no 25735/94, § 43, ECR 2000 – VIII).
 39. Das Gericht weist darauf hin, dass im vorliegenden Fall die Vaterschaft des Antragsstellers von Anfang an bekannt war, und dass er mit der Mutter und dem Kind zusammen lebte bis das Kind drei Jahre alt war. Nach der Trennung der Eltern im Jahr 1998 lebte das Kind für mehr als zwei Jahre mit dem Antragsteller. Seit 2001 lebt das Kind bei der Mutter, während der Vater umfänglichen Kontakt mit dem Kind genießt und während dessen er für die täglichen Notwendigkeiten des Kindes Sorge trägt.
 40. Daraus folgt, dass die angegriffenen Maßnahmen, namentlich die Entscheidungen, die den Antrag des Antragsstellers auf gemeinsame Sorge ablehnten, das Recht die elterliche Sorge gemeinsam auszuüben soweit es unter anderem die Ausbildung seiner Tochter, die Betreuung und die Bestimmung betrifft, wo sie leben soll, zu einer Beeinträchtigung des Rechts des Antragsstellers führten auf Achtung seines Familienlebens wie es durch Art. 8 Abs. 1 der Konvention garantiert wird.
 41. Das Gericht ist daher der Ansicht, dass der Sachverhalt des vorliegenden Falls in den Anwendungsbereich des Art. 8 der Konvention fällt und dass entsprechend Art. 14 anwendbar ist.

B. Begründetheit (Compliance)

42. Das Gericht weist erneut darauf hin, dass in Genuss der Rechte und Freiheiten die die Konvention gewährleistet, Artikel 14 Personen in vergleichbaren Umständen Schutz gewährt gegen ungleiche Behandlung ohne objektive und vernünftige Rechtfertigung (siehe dazu unter anderem Hoffmann gegen Österreich, 23.6.1993, § 31, Series A Nr. 255- C).
43. In diesem Zusammenhang nimmt das Gericht zur Kenntnis, dass der Antragsteller in seiner Eigenschaft als Vater eines nicht-ehelichen Kindes sich erstens gegen die ungleiche Behandlung im Vergleich zur Mutter beschwerte insofern, als er keine Gelegenheit habe die gemeinsame Sorge zu erreichen ohne die Zustimmung der letzteren. Zweitens beschwerte er sich über die Ungleichbehandlung im Vergleich zu verheirateten und geschiedenen Vätern, die in der Lage sind, die gemeinsame Sorge zu behalten nach der Scheidung oder Trennung von der Mutter.
44. Was die Rechtslage für Väter ehelicher Kinder angeht im Vergleich zu der für Väter nicht-ehelicher Kinder, stellt das Gericht fest, dass die anwendbaren Rechtsvorschriften unterschiedliche Standards beinhalten, und eine unterschiedliche Behandlung beinhalten zwischen den beiden Kategorien von Eltern. Die erste Kategorie von Eltern hat einen gesetzlichen Anspruch auf gemeinsame Sorge von Anfang an und sogar nach einer Scheidung, die nur durch ein Familiengericht aufgehoben oder ausgesetzt werden kann, wenn dies im Interesse des Kindes notwendig ist. Das Gericht nimmt zur Kenntnis, dass auf der anderen Seite die elterliche Gewalt für ein nicht-ehelich geborenes Kind der Mutter zugeordnet wird, es sei denn dass beide Elternteile darin überein

- stimmen, einen Antrag auf gemeinsames Sorgerecht zu stellen. Während die entsprechenden Vorschriften nicht kategorisch ausschließen, dass ein Vater in der Zukunft die gemeinsame Sorge erhalten kann, sehen die §§ 1666 und 1672 BGB vor, dass das Familiengericht das Sorgerecht nur dann auf den Vater übertragen darf, wenn das Wohlergehen des Kindes durch Sorgfaltspflichtverletzung der Mutter gefährdet ist. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, also wenn das Kindeswohl nicht gefährdet ist und wenn die Mutter einer Sorgerechtsübertragung nicht zustimmt, wie das im vorliegenden Fall war, sieht das deutsche Recht keine gerichtliche Untersuchung vor, ob die Zuordnung der gemeinsamen elterlichen Sorgeberechtigung an beide Eltern dem Kindeswohl entspricht.
45. Das Gericht weist darauf hin, dass es in Fällen der Individualbeschwerde nicht seine Aufgabe ist, abstrakt die nationalen Gesetzesvorschriften zu untersuchen. Vielmehr muss es die Art und Weise untersuchen, in der diese Gesetzesvorschriften auf den Antragsteller angewandt wurden in den besonderen Umständen und ob ihre Anwendung im vorliegenden Fall zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung des Antragstellers führte (siehe Sommerfeld gegen Deutschland [GC], No. 31871/96, § 86, ECHR 2003 – VIII).
 46. Was die Umstände des vorliegenden Falls betrifft, hält das Gericht fest, dass die deutschen Gerichte den Antrag des Antragstellers auf gemeinsame Sorge für seine Tochter abgelehnt haben, weil gemäß § 1626a BGB mangels einer Erklärung beider Elternteile die gemeinsame Sorge betreffend, die Mutter die Alleinsorge erhält. Die Entscheidung der deutschen Gerichte im vorliegenden Fall spiegelt daher vollständig die zugrunde liegende Gesetzeslage. Weil nach der deutschen Rechtslage keine andere Entscheidung möglich war, haben die nationalen Gerichte die Frage folglich nicht untersucht, ob die Einräumung der gemeinsamen Sorge das Wohlergehen des Kindes im vorliegenden Fall beeinträchtigen würde oder ob im Gegensatz hierzu die Einräumung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl entspricht. Der entscheidende Punkt ist, dass die Einräumung der gemeinsamen Sorge gegen den Willen der Mutter eines nicht-ehelichen Kindes auf den ersten Blick als nicht dem Kindeswohl dienlich betrachtet wird.
 47. Sowohl das Kölner Amtsgericht als das Kölner Oberlandesgericht bezogen sich auf die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.1.2003, in dem Letzteres detaillierte Gründe aufgeführt hatte betreffend den Konflikt zwischen § 1626a BGB und den Rechten von Vätern nicht-ehelicher Kinder auf Achtung ihres Familienlebens. Das Bundesverfassungsgericht urteilte, das Kindeswohl verlange, dass (das Kind) eine Person bei Geburt habe, die für das Kind in rechtlich verbindlicher Weise handeln könne. Angesichts der sehr unterschiedlichen Lebensumstände, in die diese Kinder hinein geboren würden, sei es im allgemeinen gerechtfertigt der Mutter die Alleinsorge zu gewähren, und nicht dem Vater, der in jedem Fall die gemeinsame Sorge durch eine gemeinsame Sorgerechtserklärung erhalten könne.
 48. In Anbetracht der obigen Gerichtsentscheidungen und der zugrunde liegenden Gesetze, hält das Gericht die Gründe für ausreichend zu schlussfolgern, dass eine Ungleichbehandlung stattgefunden hat, soweit es die Zuordnung der Sorge an den Antragsteller betrifft in seiner Eigenschaft als Vater eines nicht-ehelich geborenen Kindes im Vergleich mit der Mutter und im Vergleich zu ehelichen Vätern. Die Regierung hat in diesem Zusammenhang argumentiert, dass die Situation der Mutter und des Vaters nicht völlig vergleichbar seien, da im Gegensatz zur Mutterschaft, die mit der Geburt feststehe, die Vaterschaft nicht von Anfang an sicher sei, wenn der Vater nicht mit der Mutter verheiratet ist. Das Gericht ist der Ansicht, dass diese Argumente (Anmerkung d. Übersetzers: nur) relevant sind bei der Bestimmung, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist (siehe dazu Rasmussen gegen Dänemark, 28.November 1984, § 37, Series A Nr. 87).

49. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Gerichts, dass eine Ungleichbehandlung diskriminierend im Sinne von Art. 14 ist, wenn es keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für sie gibt, d.h. wenn sie keinen zulässigen Zweck verfolgt oder keine vernünftige Verhältnismäßigkeit besteht zwischen den eingesetzten Mitteln und dem Ziel das verfolgt werden soll (dazu insbesondere Inez gegen Österreich, 28. Oktober 1987, § 41, Serie A Nr. 126, und Marzurek gegen Frankreich, Nr. 34406/978, § 48, ECHR 2000 – II).
50. Die Mitgliedsstaaten genießen einen Ermessensspielraum bei der Einschätzung, ob und in welchem Umfang Unterschiede in vergleichbaren Situationen eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (dazu Abdulaziz, Cabales and Balkandali, wie oben zitiert, pp. 35 – 36, § 72). Das Ausmaß dieses Ermessensspielraums variiert je nach den Gegebenheiten, Gegenstand und Hintergründen. Ein relevanter Faktor kann in dieser Hinsicht das Vorhandensein oder Nicht-Vorhandensein einer gemeinsamen Basis der gesetzlichen Regelungen der Mitgliedsstaaten sein (dazu unter anderem Petrovic gegen Österreich, 27. März 1998, § 38, Bericht über Urteile und Entscheidungen 1998 – II).
51. Das Gericht hat jedoch schon beschlossen, dass sehr gewichtige Gründe vorgebracht werden müssen, wenn eine Ungleichbehandlung aus Gründen des Geschlechts oder der ehelichen oder nicht-ehelichen Geburt als mit der Konvention in Einklang angesehen werden kann (dazu Karlheinz Schmidt gegen Deutschland, wie oben zitiert, und § 24; Mazurek gegen Frankreich, wie oben zitiert, § 49). Dasselbe gilt für eine Ungleichbehandlung des Vaters eines Kindes aus einer Beziehung, in der die Betroffenen zusammen leben ohne zu heiraten im Vergleich zu einem Vater eines Kindes, das aus einer ehelichen Verbindung hervorgeht (dazu Sommerfeld v. Deutschland, wie oben zitiert, § 93).
52. Das Gericht nimmt zur Kenntnis, dass die angegriffenen Entscheidungen der nationalen Gerichte auf § 1626a BGB beruhen.
53. Das Gericht erkennt den Versuch des Gesetzgebers an, Eltern nicht-ehelicher Kinder in gewissem Ausmaß dieselbe Stellung zu verschaffen wie verheirateten Eltern, die bei der Heirat erklären, Verantwortung für einander und ihre Kinder zu übernehmen, indem man ihnen erlaubt die gemeinsame Sorge zu vereinbaren.
54. Das Gericht ist sich der Unterschiede bewusst zwischen den entsprechenden Lebensumständen, in die Kinder unverheirateter Eltern geboren werden, und die von Beziehungen reichen, in denen der Vater nicht bekannt ist oder wo er nicht Willens ist, Verantwortung für das Kind zu übernehmen bis hin zu denen wo der Vater voll an der Erziehung des Kindes teilnimmt und wo das Kind in einem Umfeld aufwächst, das praktisch nicht von dem Umfeld unterschieden werden kann bei einer intakten elterlichen Ehe.
55. Das Gericht akzeptiert, dass es angesichts dieser unterschiedlichen Lebenssituationen von nicht-ehelichen Kindern und mangels einer gemeinsamen Erklärung über die elterliche Sorge gerechtfertigt war, die elterliche Sorge über das Kind zur Sicherung des Kindeswohls anfangs auf die Mutter zu übertragen, um sicherzustellen, dass es eine Person gibt bei Geburt, die für das Kind in rechtlicher bindender Weise handeln kann.
56. Das Gericht akzeptiert weiterhin, dass es Gründe geben kann, einem unverheirateten Vater die Teilnahme an der elterlichen Sorge zu verweigern; dies mag z.B. der Fall sein, wenn Auseinandersetzungen oder mangelnde Kommunikation zwischen den Eltern das Risiko bergen, das Kindeswohl zu gefährden. Jedoch gibt es keinen Grund für die Annahme, dass eine solche Haltung generell Merkmal der Beziehung zwischen unverheirateten Vätern und Kindern ist.
57. Das Gericht bemerkt besonders, dass die obigen Erwägungen im Fall des Antragstellers nicht zutreffen. Die Vaterschaft des Antragstellers stand von

- Anfang an fest, er lebte mit der Mutter zusammen und mit dem Kind bis es dreieinhalb Jahre alt war und noch weitere zwei Jahre nach der Trennung der Eltern, also länger als 5 Jahre insgesamt. Nach dem Umzug des Kindes zu seiner Mutter hatte der Vater intensiven Umgang mit dem Kind, und sorgte sich um die täglichen Belange des Kindes. Gleichwohl war es dem Antragsteller von Anfang an von Gesetzes wegen verwehrt, eine gerichtliche Überprüfung zu beantragen, ob die Übertragung der gemeinsamen Sorge im Interesse des Kindes sei, und gegen eine mögliche willkürliche Weigerung der Zustimmung der Mutter zur gemeinsamen Sorge, diese gerichtlich ersetzen zu lassen.
58. Das Gericht ist nicht überzeugt von dem Argument der Regierung, das in der Begründung des Bundesverfassungsgerichts enthalten ist, dass der Gesetzgeber zulässigerweise annehmen durfte, es handle sich um einen Ausnahmefall, in dem die Mutter ernste Gründe für die Ablehnung habe, die sich auf das Kindeswohl gründen, wenn die Eltern zusammen lebten, aber die Mutter es ablehnte eine gemeinsame Sorgerechtserklärung abzugeben. Das Gericht begrüßt in diesem Zusammenhang die Maßnahmen, die die Regierung unternommen hat, um dem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts nachzukommen, die aktuelle Entwicklung zu beobachten, und zu verifizieren, ob die Annahmen, die bei Erlass des betreffenden Gesetzes getroffen wurden, zutreffend waren angesichts der Realität. Jedoch bemerkt das Gericht, dass diese Studie bislang kein klares Ergebnis ergeben hat, und dass sie insbesondere mit Blick auf die Motive der Mütter für die Ablehnung der gemeinsamen Sorge andeutet, dass diese nicht notwendigerweise auf den Belangen des Kindeswohls beruhen.
59. In Bezug auf die obigen Überlegungen, kann das Gericht die Annahme nicht teilen, dass die Anordnung der gemeinsamen Sorge gegen den Willen der Mutter auf den ersten Blick nicht im Interesse des Kindes sei.
60. Das Gericht berücksichtigt den weiten Ermessensspielraum der Behörden insbesondere wenn sie über Angelegenheiten der Sorge entscheiden (siehe Sommerfeld gegen Deutschland, wie oben zitiert, § 63). Das Gericht betrachtet jedoch auch den europäischen Kontext auf diesem Gebiet und die wachsende Zahl von unverheirateten Eltern. Das Gericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Konvention ein lebendiges Instrument ist, das im Lichte der heutigen Verhältnisse interpretiert werden muss (dazu unter anderem Marckx gegen Belgien, 13. Juni 1979, § 41, Serie A Nr. 31 und Johnston und andere gegen Irland, 18. Dezember 1986, § 53, Serie A No. 112). Auch wenn es keinen europäischen Konsens gibt, ob Väter nicht-ehelicher Kinder ein Recht haben auch ohne Zustimmung der Mutter die gemeinsame Sorge zu verlangen, so scheint der übereinstimmende Ausgangspunkt in der Mehrheit der Mitgliedsstaaten zu sein, dass Entscheidungen über die Zuordnung des Sorgerechts auf dem Kindeswohl basieren sollen und dass im Fall eines Konflikts zwischen den Eltern die Zuordnung Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung durch die nationalen Gerichte sein soll.
61. Das Gericht ist nicht überzeugt von dem Argument der Regierung in diesem Zusammenhang, dass es unter den Umständen des vorliegenden Falls nicht auszuschließen sei, dass die Anordnung der gemeinsamen Sorge durch die Gerichte Konflikte zwischen den Eltern hervorrufen könnten und daher gegen das Kindeswohl verstoße. Zwar trifft es zu, dass gerichtliche Verfahren betreffend die Zuordnung der elterlichen Sorge immer das Potenzial bergen, ein junges Kind zu beunruhigen. Jedoch sieht das nationale Recht eine umfassende gerichtliche Überprüfung der Zuordnung der elterlichen Sorge und die Lösung von Konflikten zwischen getrennten Eltern vor in den Fällen, in denen der Vater schon einmal die elterliche Sorge inne hatte, entweder weil die Eltern bei der Geburt verheiratet waren, später geheiratet haben oder sich für eine gemeinsame elterliche Sorge entschieden haben. In diesem Fall behalten die Eltern die gemeinsame Sorge, es sei denn das Gericht spricht einem

- Elternteil auf seinen Antrag hin die Alleinsorge zu aus Gründen des Kindeswohls gemäß § 1671 BGB.
62. Das Gericht ist der Auffassung, dass die Regierung keine ausreichenden Gründe vorgetragen hat, warum die vorliegende Situation weniger richterliche Überprüfung erlauben sollte als die anderen Fälle und warum der Antragsteller, der als Vater anerkannt ist und in seiner Rolle agiert hat, in dieser Hinsicht anders behandelt werden sollte als ein Vater, der von Anfang an die elterliche Sorge innehatte und sich später von der Mutter trennte oder scheiden ließ.
 63. Angesichts der obigen Überlegungen folgert das Gericht, dass es mit Blick auf die hier behandelte Ungleichbehandlung kein vernünftiges Maß der Verhältnismäßigkeit gibt zwischen dem generellen Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung der Übertragung der Alleinsorge an die Mutter von Anfang an und dem Ziel, das damit verfolgt wird, nämlich dem Schutz des Wohls nicht-ehelich geborener Kinder.
 64. Entsprechend wird im vorliegenden Fall eine Verletzung von Art. 14 der Konvention festgestellt in Verbindung mit Art. 8.
 65. Im Anbetracht dieser Schlussfolgerung hält es das Gericht nicht für notwendig zu bestimmen, ob auch eine Verletzung von Art. 8 der Konvention vorliegt.

II. Zur Anwendbarkeit von Art. 41 der Konvention

66. Artikel 41 der Konvention lautet:

Artikel 41 – Gerechte Entschädigung

Stellt der Gerichtshof fest, dass diese Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind, und gestattet das innerstaatliche Recht der Hohen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung, so spricht der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zu, wenn dies notwendig ist.

A. Schadenersatz

67. Der Antragsteller beansprucht unter Berufung auf den Elsholz-Fall (Elsholz gegen Deutschland [GC], Nr. 25735/94, ECHR 2000- VIII) einen Betrag von mindestens 15.000 Euro für immaterielle Schäden wegen des Kammers und der Enttäuschung, die er erlitten hat, indem er nicht formell in seiner Rolle als Vater anerkannt wurde, und weil er nicht aktiv in den wesentlichen Entscheidungen betreffend seine Tochter beteiligt wurde.
68. Die Regierung war der Ansicht, dieser Betrag sei zu hoch, überließ die Entscheidung jedoch dem Ermessen des Gerichts.
69. Das Gericht ist der Ansicht, dass es nicht mutmaßen darf darüber, ob der Antragsteller die elterliche Sorge erhalten hätte, wenn die heimischen Gerichte den Sachverhalt in Übereinstimmung mit den Rechten der Konvention untersucht hätten. Unter Beachtung auch der Tatsache, dass der Antragsteller – anders als im Fall Elsholz – während des Verfahrens einen regelmäßigen Umgang mit seiner Tochter genoss, urteilt das Gericht, dass die Feststellung der Rechtsverletzung eine ausreichende Genugtuung für immaterielle Schäden darstellt, die der Antragsteller erlitten hat.

B. Kosten und Ausgaben

70. Der Antragsteller beansprucht auch 3.696,55 Euro für Kosten und Ausgaben für das Verfahren bei den nationalen Gerichten und 3.311,59 Euro für das Verfahren vor diesem Gericht.
71. Die Regierung hat die Ausgaben für das Verfahren vor diesem Gericht bestritten.
72. Entsprechend den bisherigen Entscheidungen des Gerichts ist ein Antragsteller berechtigt, die Erstattung seiner nachgewiesenen Kosten und Ausgaben nur insoweit zu verlangen als diese tatsächlich und notwendigerweise angefallen sind und der Höhe nach angemessen sind. Auf der Basis der dem Gericht vorliegenden Informationen und im Anbetracht der vorgenannten Kriterien, ist das Gericht im vorliegenden Fall der Ansicht, dass die Summe in vollem Umfang zugesprochen werden muss.

C. Verzugszins

73. Das Gericht hält es für angemessen, dass der Verzugszins auf der Spitzenrefinanzierungsfazilität (Anmerkung d. Übersetzers: marginal lending rate) der Europäischen Zentralbank beruht, zuzüglich drei Prozentpunkten.

AUS DIESEN GRÜNDEN ERLÄSST DAS GERICHT FOLGENDES URTEIL:

1. Mit 6.1. Stimmen wird eine Verletzung des Art. 14 de Konvention in Verbindung mit Art. 8 festgestellt.
2. Einstimmig wird beschlossen, dass keine Notwendigkeit besteht einen Verstoß gegen Art. 8 zu untersuchen.
3. Einstimmig wird beschlossen, dass die Feststellung der Verletzung als solche ausreichende Entschädigung ist für die immateriellen Schäden, die der Antragsteller erlitten hat.
4. Einstimmig wird beschlossen, dass
 - a. der beklagte Staat dem Antragsteller binnen drei Monaten ab dem Tag der Rechtskraft dieses Urteils gemäß Art. 44 § 2 der Konvention, 7.008,14 Euro zu bezahlen hat (in Zahlen: sieben tausend und acht Euro und vierzehn Cent), zuzüglich eventuell anfallender Steuern, die der Antragsteller in Bezug auf Kosten und Ausgaben ggf. schuldet.
 - b. dass vom Ablauf der obigen Dreimonatsfrist bis zur Zahlung Zinsen zu zahlen sind auf den obigen Betrag für die Dauer des Verzugs in Höhe der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank zuzüglich drei Prozentpunkte.
5. Im Übrigen werden die Anträge zurück gewiesen.

Ausgefertigt auf English und verkündet am 3. Dezember 2009, gemäß Regel 7 §§ 2 und 3 der Verfahrensordnung des Gerichts.

Stephen Phillips
Stellvertretender Kanzler der Sektion

Peer Lorenzen
Präsident der Kammer

Gemäß Art. 45 § 2 der Konvention und Regel 74 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts wird die abweichende Meinung des Richters Bertram Schmitt diesem Urteil angehängt.

Abweichende Meinung des Richters Bertram Schmitt

1. Ich bin nicht in der Lage der Schlussfolgerung zuzustimmen, dass eine Verletzung des Artikels 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention vorliegt. In Anbetracht des weiten Ermessensspielraums der nationalen Behörden und im Lichte der besonderen Umstände des Falles, ist der Eingriff in das Recht des Antragstellers auf Achtung seines Familienlebens im Sinne des Artikel 8 notwendig in einer demokratischen Gesellschaft und ist eine eventuelle Ungleichbehandlung im Vergleich zur Mutter oder zu einem geschiedenen Vater gerechtfertigt für die Zwecke des Artikel 14. Dez. 2009.
2. Ich verstehe, dass der Antragsteller keine Möglichkeit hatte, das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen der Mutter zu erhalten und dass er kraft Gesetz keinen Anspruch auf eine gerichtliche Überprüfung hat. Aber dieses Gericht räumt den nationalen Behörden, insbesondere den Gerichten, einen weiten Ermessensspielraum ein bei Entscheidungen, die das Sorgerecht für Kinder betreffen, ganz anders als im Fall der Beschränkungen des Umgangs (siehe dazu *Görgülü v. Germany*, Nr. 74969/01, § 42, 26. Februar 2004, und *Sommerfeld v. Germany [GC]*, Nr. 31871/96, § 63, ECHR 2003 – VIII). Im Gegensatz zur Mehrheit, meine ich dass im vorliegenden Fall dieser weitere Ermessensspielraum durch die gesetzlichen Regeln und die darauf basierenden Gerichtsentscheidungen nicht überschritten wurde. Die Begründung für die einschlägigen Gesetzesregelungen, besonders § 1626a Abs. 2 BGB, ist vertretbar und kann besonders im Fall des Antragstellers nicht verworfen werden. Der deutsche Gesetzgeber hat die Probleme von Vätern, die durch die privilegierte Position der Mütter entstehen, in vollem Umfang erkannt und in seine Betrachtungen einbezogen und hat sich bewusst gegen eine sogenannten „erzwungene Harmonie“ (das heißt die gemeinsame Sorge durch Gerichtsbeschluss) entschieden. Die Erläuterung im Bericht des Rechtsausschuss des deutschen Bundestags nach den Beratungen über das ergänzte Gesetz über Familiensachen macht klar, dass die Interessen des Vaters und die Probleme der vorgeschlagenen Lösung nicht nur in vollem Umfang in den Abwägungsprozess einbezogen wurden, sondern dass die rechtlichen Vorschriften auf einer eingehenden Prüfung und einer vertretbaren Begründung beruhen.
3. Die Begründung des deutschen Gesetzgebers beruht hauptsächlich auf dem Konzept der Rechtssicherheit und der Sicherung des Kindeswohls; letzteres auch ein wichtiges Prinzip in der Rechtsprechung des Gerichts (z.B. *Sahin v. Germany [GC]*, Nr. 30943/96, §94, ECHR 2003 –VIII). Der Bundestag durfte zulässigerweise annehmen, dass eine gegen den Willen der Mutter durch gerichtliche Anordnung erzwungene gemeinsame Sorge im Fall nicht-ehelich geborene Kinder dem Kindeswohl widerspreche. Das trifft ganz besonders zu, wenn die Eltern, wie im vorliegenden Fall nicht zusammen leben. Dieser entscheidende Punkt wurde vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 29. Januar 2003 betont, die den rechtlichen Ansatz als verfassungsgemäß bestätigte. Wenn die Eltern während des Zusammenlebens keine gemeinsame Sorgerechterklärung abgeben (im vorliegenden Fall bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Kind dreieinhalb Jahre alt war), ist die Annahme des Gesetzgebers erst recht gerechtfertigt, dass nach der Trennung und gerichtlichem Sorgerechtsstreit die gemeinsame Sorge per gerichtlicher Anordnung regelmäßig mehr Nachteile als Vorteile für das Kind mit sich bringt. In einem solchen Fall ist es offensichtlich, dass es keine Basis für eine Zusammenarbeit zwischen den Eltern gibt und keine Basis für eine gemeinsame Sorge zum Wohl des Kindes.

4. Dies gilt besonders, weil auch der vorliegende Fall keinen Anhaltspunkt liefert, den gesetzgeberischen Ansatz abzulehnen. Man muss bedenken, dass das Gericht – in aller Regel - nicht die abstrakte Rechtslage überprüft, sondern die Art und Weise, wie die Gesetzesregeln auf den Antragsteller unter den gegebenen konkreten Umständen angewendet werden. Insofern müssen die folgenden Tatsachen berücksichtigt werden: Bevor das Bundesverfassungsgericht über die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 1626a BGB entschied, untersuchten die nationalen Gerichte im Rahmen des Antrags des Antragstellers auf Prozesskostenhilfe für seinen Sorgerechtsantrag zusätzlich, ob die Einräumung der gemeinsamen Sorge das Wohl des Kindes beeinträchtigen würde und sie bejahten diese Frage. Das Kölner Amtsgericht bezog sich in einer Entscheidung vom 29. August 2002 auf einen „Streit zwischen den Eltern über wesentliche Fragen.“ Es stellte weiterhin explizit fest, dass die gemeinsame Sorge nicht im Interesse des Kindes sei und dass der Streit um wesentliche Fragen sogar ein Grund sei für die Entziehung der gemeinsamen Sorge. Das Kölner Berufungsgericht wurde sogar noch klarer in einer Entscheidung vom 19. Juli 2002, als es erklärte, dass der Antragsteller „unabhängig von § 1626a BGB“ keine gemeinsame Sorge erhalten könnte, weil dies nicht dem Kindeswohl diene. Im Lichte dieser Anmerkungen der nationalen Gerichte – wenngleich ausschließlich im Zusammenhang mit dem Antrag des Antragstellers auf Prozesskostenhilfe und nicht im Rahmen der Hauptsache – stimme ich nicht mit der Mehrheit überein, die das Argument der Regierung ablehnt, dass unter den Umständen des vorliegenden Falles die Anordnung gemeinsamer Sorge durch ein Gericht wahrscheinlich Konflikte zwischen den Eltern hervorrufen würde und daher dem Kindeswohl nicht entspreche. Darüber hinaus muss in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, dass der Antragsteller einen relativ intensiven Umgang ohne Probleme hat, namentlich rund vier Monate im Jahr, die ihm die Gelegenheit bieten eine große Rolle im Leben seiner Tochter zu spielen.
5. Des Weiteren stimme ich nicht mit der Meinung der Mehrheit überein, dass das Gericht im vorliegenden Fall den weiten Ermessensspielraum der Behörden beseitigen kann mit dem Argument, die Konvention sei ein lebendes Instrument, das im Lichte der heutigen Verhältnisse interpretiert werden müsse. Wie die Mehrheit sehe ich keinen Europäischen Konsens in dieser Frage. Das Urteil zitiert zutreffend, dass nur eine begrenzte Zahl von Ländern die Frage einer fehlenden Übereinstimmung der Eltern explizit adressiert. Obwohl die Mehrheit der Mitgliedsstaaten möglicherweise eine gerichtliche Überprüfung vorsieht für den Fall eines Konflikts zwischen den Eltern, sind die gesetzlichen Regelungen und zugrundeliegenden Lösungsansätze sehr unterschiedlich im Detail und können nicht mit einander verglichen werden, wie eine Rechtsvergleichende Studie über das Sorgerecht für nicht-ehelich geborene Kinder zeigt. Wo es keinen einheitlichen Lösungsansatz gibt, muss meiner Meinung nach akzeptiert werden, dass es eine Mehrzahl von möglichen Wegen gibt den Konflikt zwischen den unterschiedlichen, betroffenen Interessen zu lösen. Des Weiteren ist der gemeinsame Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelungen in den Mitgliedsstaaten, wie in Deutschland, das Kindeswohl. Mit Blick auf dieses gemeinsame Ziel und den fehlenden Konsens zwischen den Mitgliedsstaaten, bin ich nicht überzeugt, dass es die einzige gesetzliche Lösung sein soll, die mit der Konvention im Einklang steht, den Vater mit der Möglichkeit auszustatten die gemeinsame Sorge durch Gerichtsbeschluss gegen den Willen der Mutter zu erhalten. Abgesehen davon ist es eher im Einklang mit früheren Entscheidungen des Gerichts, dass die Einschätzung durch das Parlament den Abwägungsprozess vorwegnehmen kann ohne für eine Möglichkeit der Interessenabwägung in jedem Einzelfall zu sorgen (siehe

Evans gegen United Kingdom, no. 6339/05, § 65, 7. März 2006). Zusätzlich muss noch erwähnt werden, dass der Vorteil einer solchen Vorwegnahme ein klares Gesetz ist, das den involvierten Personen Sicherheit gewährt.

6. Unter Bezug auf das Vorgenannte, besonders das Kindeswohl, bin ich der Meinung, dass der Antragsteller auch nicht einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung unterzogen wurde. Des Weiteren ist die Situation einer Mutter und eines Vaters nicht völlig vergleichbar; die Alleinsorge der Mutter ist, zumindest anfangs, notwendig aus Gründen der Rechtssicherheit, wie die Mehrheit einräumt. Die Tatsache, dass der Vater die gemeinsame Sorge (auch) später nicht durchsetzen kann, ist aus Gründen des Kindeswohls gerechtfertigt, wie oben erwähnt, insbesondere im Fall einer Trennung, mit dem Ziel schmerzhaft Konflikte zwischen den Eltern zu vermeiden zu Lasten des Kindes. Die gesetzlichen Regelungen gehen zulässigerweise von der Idee aus, dass Eltern, die nicht in der Lage sind, sich auf die gemeinsame Sorge zu einigen, auch nicht in der Lage sind die schwierigen Probleme zu lösen, die bei gemeinsamer Sorge auftreten. Des Weiteren ist die Situation des Antragsstellers nicht völlig vergleichbar der Situation von geschiedenen Vätern und unverheirateten Vätern, die die gemeinsame Sorge ausgeübt haben auf der Basis einer gemeinsamen Erklärung. Im Fall verheirateter Paare basiert die gemeinsame Sorge auf gemeinsamen Erklärungen, die sich in den Eheversprechen ausdrücken. Das Recht eines geschiedenen Vaters basiert daher auf einer Fortsetzung seiner Rechtsposition, die von zuvor durch beide Eltern geschaffen wurde. Das ist ebenso zutreffend für Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, wenn sie zuvor eine gemeinsame Sorgerechtsklärung abgegeben haben. Abgesehen davon ist in beiden Fällen das gemeinsame Sorgerecht an die Zustimmung der Mutter gekoppelt. Im Gegensatz hierzu durfte der Gesetzgeber zulässigerweise annehmen, dass Eltern nicht wünschen die gemeinsame Sorge auszuüben, wenn sie nicht verheiratet sind oder keine gemeinsame Erklärung abgeben.
7. Zusammenfassend denke ich, dass die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist zwischen dem Ausschluss der gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit der anfänglichen Sorgerechtsverteilung zugunsten der Mutter und dem verfolgten Ziel, nämlich dem Schutz des Wohlergehens des Kindes. Das ist ganz besonders zutreffend im vorliegenden Fall, in dem die deutschen Gerichte, die die oben erwähnten Entscheidungen getroffen haben, bestimmten, dass die gemeinsame Sorge gegen das Interesse des Kindes sei und auf dieser Basis sogar entzogen werden müsste, wenn sie zuvor gewährt worden wäre. Das unterstreicht die Gültigkeit des Arguments des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 29.1.2003, einen anderen Fall betreffend, in der es entschied, dass das anwendbare Recht, insbesondere § 1626a BGB das Recht des Vaters auf Achtung seines Familienlebens nicht verletzt indem es keine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit vorsieht, weil im Fall eines schwerwiegenden Streits zwischen den Eltern nicht erwartet werden könne, dass die Gerichte die gemeinsame Sorge als mit dem Kindeswohl vereinbar ansehen würden. Am Ende bedeutet die Entscheidung der Mehrheit in diesem Fall, dass der nationale Gesetzgeber kaum ein Ermessensspielraum verbleibt in Bezug auf die Details der Regelung der elterlichen Sorge für nicht-ehelich geborene Kinder. Ich halte dies für eine zu weitreichende Folge des Urteils und hätte einen vorsichtigeren Lösungsansatz vorgezogen auf diesem schwierigen Gebiet. Aus den vorgenannten Gründen habe ich daher gegen die Feststellung einer Verletzung von Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 gestimmt.